

BOT 项目下的政府保证问题研究

林旭菁

摘 要 政府保证制度是 BOT 方式中的一项重要制度,关系着投资者的投资态度和整个 BOT 方式能否顺利运作。然而我国有关政府保证的法律规范及政策存在着诸多问题和空白。政府保证的内容应依据 BOT 项目风险的内容而确定,其性质不同于民法上的担保,并且可能存在政府保证过度的情况,我们不能因为惧怕保证过度而完全不做商业性保证,也不能过分坚持国家主权而不作出任何保证。

关键词 BOT 政府保证 政府保证过度

中图分类号 D99

文献标识码 A

文章编号 1009-0592(2010)02-089-02

一、问题的提出

BOT 是指 Build-Operate-Transfer,即建设—经营—移交。即政府(通过契约)授予私营企业(包括外国企业)以一定期限的特许专营权,许可其融资建设和经营特定的公用基础设施,并准许其通过向用户收取费用或出售产品以清偿贷款、回收投资并赚取利润。特许权期限届满时,该基础设施无偿移交给政府。政府保证是政府出面对外作出某些优惠和便利方面的承诺,属于 BOT 特许协议中核心和精髓的一部分,是 BOT 项目的运作得以顺畅可行的保障。然而我国现行有关 BOT 方式的法律文件并没有对政府保证这样一个重要内容作出系统明确的规定,并且存在以下三大问题:一是法律位阶低、稳定性低,现有的法律内容简单,规定过于笼统,不能对 BOT 项目中的问题进行有效调整。二是政府保证内容与其他法律发生冲突。如对外汇汇率的保证与我国《外汇管理条例》第 33 条的冲突、关于土地使用和税收优惠方面的保证与土地管理法、税收征管法也会发生冲突等。三是有关政府保证的具体规定彼此矛盾,有些法规明确规定禁止政府保证,而有些则允许政府保证的存在,这就导致投资出现地区或局部的不平衡的现象,并且使得法院在审理案件时无所适从,极不利于政府保证制度在我国的发展。

二、政府保证的必要性

(一)BOT 项目模式的风险

BOT 项目的风险来源于以下几方面:首先,BOT 方式基本上集中在一些具有公益性质的基础设施或服务项目上,通常规模大,建设时间长,参加者多,协调程度要求高,并且 BOT 比较容易受东道国政治经济影响,因此投资风险大。其次,BOT 法律主体的多样性和复杂性是其他投资融资方式所不具备的,这就需要更高的协调性和良好的管理体制。再次,项目投资中直接投资部分所占总资金的比例明显较小,这种股债比例失调的情况蕴含着重大的风险。复次,由于项目经营的服务对象主要是东道国用户,项目产出的收益基本上表现为当地货币,货币兑汇率矛盾的解决以及解决的好坏将直接影响 BOT 方式的运用和发展。

总结上述风险来源,我们可将 BOT 项目的风险分为两大类:(1)商业风险。BOT 的商业风险是因其投资额巨大、项目建设牵涉面广以及法律关系复杂等原因而产生的,其中的一些风险可以通过项目投资者自身的有经验的为来规避,但一些需要寻求其他支持的风险,如金融风险,货币贬值风险等等,则往往与政治风险存在竞合。(2)政治风险。即因东道国政治事件的影响而使投资者遭受经济损失的可能性。一方面,风险可能由于政府行为

而产生,如政府通过立法变更投资或项目公司的权益,甚至实行国有化或征用。另一方面,风险可能因东道国的社会变化而产生,如东道国社会动荡或政策不稳定从而影响到投资收益甚至是投资本金的安全。

综上所述,我们需要有这样一种制度来对 BOT 项目所存在的巨大的风险进行分担,这就是政府保证。

(二)政府保证的必要性

不可否认,BOT 对项目所在国和投资者均有益处,但由于 BOT 项目以私人从事基础设施的建设和经营,项目实施中的巨大风险仍然是影响投资者信心的重大因素。因此,从风险与利益平衡原则考虑,投资者需要政府的支持,而政府也必须给予投资者以保证。根据国际上的风险分担原则,谁最有能力控制风险,则由谁来承担风险。由于政府在 BOT 项目中处于优势地位,可以利用其行政管制者的地位将 BOT 项目中的风险(尤其是政治风险)系数降到最低,因此政府常常被要求承担某些风险,其方式即为政府保证。尤其是对包括我国在内的发展中国家来说,由于市场机制尚不健全、政治干预较多,法律不够完善,因此政府保证具有更大的必要性。

三、政府保证的内容及法律性质

(一)保证的内容

从世界各国 BOT 项目实践来看,发达国家与发展中国家对政府保证内容存在着争议。发达国家对 BOT 项目政府保证的范围有着较为宽泛的理解,而发展中国家(如中国)有的学者认为政府保证应仅限于政治风险,有的学者则认为除政治风险外,政府保证也应及于某些商业风险。对此笔者认为,政府保证存在的很大原因是基于 BOT 项目所具有的风险,因而政府保证的内容应从风险的内容出发而设定,主要分为商业性保证和政策性保证,至于具体的内容则依各国经济发展水平和管理体制不同而有所取舍。

1.商业性保证。包括(1)投资回报率保证。即在项目面临各种风险时,投资者仍然可以有比较稳定的利润。(2)项目的后验保证。政府保证向建设项目提供建设用地,以合理的价格提供原材料、项目用电等。(3)“提货与否均需付款”和“提货与付款”保证。指政府或其指定的机构企业等要保证 BOT 项目产品有充足的市场需求。(4)不竞争保证。即政府承诺在同一地区不设立过多的同类项目,以保证项目公司的现金流量和市场份额,避免过度竞争。(5)经营期保证。即政府确定一定的经营期并保证 BOT 项目的主办人在经营期内享受合法的经营权。(6)知识产

权和其他秘密信息的保护保证。即项目投标人向政府提供技术信息或秘密时,要求政府给予的保密支持。

2. 政策性保证。主要包括:(1)不予国有化或征收保证。即保证不将属于私人所有的项目财产征收或收归国有。(2)税收优惠保证。即政府给予一定的税收优惠(包括免税和减税优惠),保证投资者在偿还贷款之后还有比较理想的利润。(3)外汇兑换和汇出保证。即保证项目投资者有权将经营收益以自由外汇汇往国外。(4)东道国放弃司法豁免权的保证。即政府就合同中的某些事项放弃司法豁免权。

(二)政府保证的法律性质

从政府保证的内容我们可知,该保证并非一般意义上的为满足债权而提供的保证,而是政府作为特许协议的一方所做出的非政府机构则无法承诺的某些保证,其性质有别于一般的担保。首先,政府是以BOT特许协议一方的身份,而非非债权债务关系外的第三人,来为协议的另一方提供保证的。其保证的内容较民法担保的内容范围更广。其次,政府保证与国家主权、政策等有着密切联系,若政府不履行保证承诺,则有可能承担国际公法上的责任,而不仅局限于私法性质。再次,违反政府保证的争端解决方式较一般担保复杂,即争端可能会依据国际法通过国际途径如国际仲裁等方式解决。最后,尽管政府是处于对项目进行监督管理的地位,但政府保证是政府的主动行为,是政府自我限制或自我约束的一种公行为。

四、政府保证过度及引申问题

(一)政府保证过度

按照契约经济学的理论,经济协议中的任何承诺都有与之相对应的承诺成本,也有因违反协议中的约定而付出的违约成本。政府保证过度是指地方或国家政府因在特许权协议及其附属销售协议中,缺乏对项目的调查研究或忽视若干年后条件变化,低估承诺成本而给自己带来信用风险和违约风险,即要么在规定的特许期内以巨额亏损承担履约成本,要么为拒绝履行协议而承担违约成本。并且政府违约将造成政府失信,危害国家形象,引发外交纠纷,并对以后的招商引资带来强大的负面影响。因此政府的违约成本远远大于相应的履约成本,因而政府违约的概率极小。对此,项目公司就有可能过度迷信地方政府的承诺,片面追求政府对回报率以及其他商业上的保证,而忽略对项目的科学合理投资和回报率预测,最终导致项目的失败。

因此,我们应尽量避免出现政府保证过度的情况。这就需要建立一种风险分担机制,一方面政府要通过深入的调查研究,对拟建BOT项目进行严密的可行性论证,从而作出相应适度的保证;另一方面,鼓励投资人通过市场和自己的高效经营来降低风险,而不是靠政府来转移风险。这样的机制要有利于提高投资者控制风险的积极性,而且要有利于社会效益的提高。

(二)引申问题一:商业性保证要不要

政府保证过度中可能出现的情况之一,就是政府对BOT项目的商业风险作出过多的保证而成为最大的风险承担者,如作出如完工担保、资金差额担保、固定回报率担保等。这些保证实际上与民法上的一般意义的保证并无实质区别,因此有学者认为,政府不应作出商业性保证,这样不仅从一定程度上避免了保证过度,而且还避免了承担过多的风险。

对此笔者认为,BOT项目风险与利益的平衡是政府和投资者都极力追求的目标。尽管商业性保证对政府而言却是风险的

扩大和承担,但在一定程度上却是确保投资人利益获取的安全有效途径。因此,对商业性保证的完全否定或全盘接受都是极端而不可行的。对此我们可根据各国的国情,将商业性保证分为纯商业性保证和非纯商业性保证。前者是基于正常的商业风险而作出的如完工担保、固定回报率担保等保证,这些保证与各国担保法中一般意义的担保并无区别。而后者是针对由国家经济政策引起的,超出了投资经营者预见和控制范围的潜在的商业风险而作出的保证,这种保证一般和政策性风险有所交叉但又难以划分到政策性保证中,因此为非纯商业性保证。对于BOT项目而言,政府提供了一种关于商业风险的间接的非纯商业性保证,而非直接的无偿的纯商业性保证,既鼓励外国投资者的投资积极性,又确保政府不会因保证过度而引发项目风险的转嫁,陷入违约风险中。

(三)引申问题二:国家豁免权要不要

政府保证过度所引发的结果之一就是政府违约,这又必然会涉及国家豁免和国家责任等问题。若在坚持绝对豁免主义理论的国家出现政府违约,则项目投资人将无法通过法律途径获得应有的帮助和赔偿,政府保证成为了一纸空文。尽管国家豁免原则与BOT项目中政府保证的客观要求存在冲突,但若一味追求国家豁免而拒绝作出政策保证,则有可能影响BOT项目的引进甚至影响国家的建设和发展。因此随着国际形势的发展,许多国家已经由绝对豁免主义转向限制豁免主义,即国家以及财产只有在公法的或主权的行上才能获得豁免,而在经济的、商业的行上则不能享受豁免待遇。在政府保证中有原则地放弃一定的国家豁免权,在政府违约之后保障投资人能通过法律途径获得赔偿的做法,不仅不是对国家主权的损害,反而恰恰是对国家主权的重申。

五、完善我国政府保证问题的建议

要完善我国BOT方式中的政府保证制度,首先必须以部门规章的上位法形式对政府保证制度予以确定,从法律上确定政府保证制度的效力。其次,对政府保证问题进行立法还应遵循两条原则:第一,政府保证首先必须在维护国家主权,保证在不损害国家利益的基础上作出,这一原则是最基本并且不可动摇的。第二,政府保证不得被滥用,即不得为他人的商业风险进行纯商业性质的担保,且不得以行政审批之名,行政府保证之实。再次,由于法律中没有对政府保证的性质进行明确的界定,很多地方政府怕承担民法上的保证责任而不敢作出政府保证,影响我国BOT项目的顺利开展,因此有必要在法律中明确规定政府保证的性质。最后,应对保证范围和-content作出规定。笔者认为政府保证的内容应包括非纯商业性保证和政策性保证,并借鉴各国做法,从我国国情出发进行具体规定。

注释:

S.W.Stein, Build-Operate-Transfer(BOT)-Are-evaluation, The International Construction Law Review, 1994.

肖林, 融资管理与风险价值, 上海: 上海人民出版社, 2001.

丁伟, 国际投资的法律管制, 上海: 上海译文出版社, 1997.

王璐, BOT模式及其主要形式比较研究, 国际经济合作, 2003(11).

吴红军、艳昌武, 知识经济时代的项目管理, 重庆大学学报, 2000(4).

殷雁双, BOT投资方式中的政府保证之立法问题思考, 河北法学, 2005(11).

杨萍, 刘光涛, BOT项目中信用风险的动态均衡分析, 商业研究, 2005(13).

孙潮, 沈伟, BOT投资方式在我国的使用冲突及其法律分析, 中国法学, 1997(1).

梁淑英, 浅析国家豁免的几个问题, 政法论坛, 2000(2).